Die Entwicklung
des selbstständigen
Begriffs der Unterschlagung
im älteren deutschen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristenfakultät der k. Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Dr. jur. Carl Lueder,
Referendar.

Erlangen.
K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1894.

94

Die Entwicklung
des selbstständigen
Begriffs der Unterschlagung
im älteren deutschen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristenfakultät der k. Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Dr. jur. Carl Lueder,
Referendar.

Erlangen.
K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1894.

Seinem Vater

in Dankbarkeit und Verehrung

der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0139

I. Das Fehlen eines besonderen Unterschlagungsbegriffes im römischen Recht.

Der Begriff des römischen furtum, welcher ursprünglich — bis zur Zeit der großen Juristen — in allmäliger, die engeren Bestimmungen der XII tabulae sehr erweiternder Ausdehnung so ziemlich jede verbrecherische Aneignung fremden Vermögens (namentlich auch Betrugsarten) umfaßte[1]), ist im Laufe der Zeit — bei noch größerer Ausdehnung in anderer Beziehung[2]) — erheblich eingeschränkt und vereinfacht, vereinheitlicht worden insofern, als Raub und Betrug von ihm ausgeschieden wurden[3]). Nie aber hat das römische Recht das von deutscher Doktrin und Praxis zu einem besonderen gestaltete und vom Diebstahl abgehobene Vermögensverbrechen der Unterschlagung als eigentümliches, nicht einfach

1) Vgl. nur diejenigen Zeugnisse aus älteren und neueren Schriftstellern (Sabinus, Gaius, Paullus ꝛc.), welche Rein, Criminalrecht der Römer S. 294, 295 zusammenstellt. Daß das römische furtum den ganzen Begriff des Betruges mit umfaßte, ist allerdings gewiß nicht richtig (vgl. Köstlin, Münchener kritische Überschau 3. Band 1856 S. 339). Gegen das im Text Behauptete dürfte aber auch Köstlin (vgl. die eben angeführte Stelle) schwerlich Etwas einzuwenden haben.

2) furtum usus etc.

3) § 1 Dig. de oblig. quae ex del. nasc. 4, 1 L. 1 § 3 Dig. de furt. 47, 2. Rein, Crim. R. d. R. S. 295. Umfassender als der deutschrechtliche Diebstahl bleibt ja das römische furtum allerdings immer noch.

unter den Begriff des furtum fallendes betrachtet, sondern es war nach der Römer Auffassung auch das letztere einfach und ebenso gut ein furtum wie unser „Diebstahl", und zwar ein Fall des furtum ipsius rei[4]).

So waren insbesondere die folgenden Fälle nach römischer Auffassung ebenso gut solche des furtum wie jede zu dem bestimmten Zweck der Aneignung geschehende Entziehung aus fremder Detention: die Aneignung gefundener Sachen[5]), jede Fundunterschlagung inklusive die Aneignung durch Spezifikation, Adjunktion, Konfusion ꝛc.[6]) (natürlich vorausgesetzt, daß es sich nicht um eine derelinquierte oder für derelinquiert gehaltene Sache handelt[7]), wobei insbesondere hervorgehoben werden die Aneignung von Waaren, die in Sturmesnot aus dem Schiffe geworfen sind[8]), und die von vergrabenen oder sonst verborgenen, nicht unter den Begriff des thesaurus fallenden Sachen[9]), sowie auch von zugelaufenen oder sonst (auch ohne daß von vornherein animus lucrandi vorhanden war), in den Besitz gekommenen fremden Tieren[10]); die Aneignung anvertrauter Sachen, wie des depositi, des Mündelvermögens (durch den Vormund), des Pfandes (durch

4) Die Meinung einiger Schriftsteller, welche auf Theophilus Autorität hin (Inst. IV, 1 § 1) in der Unterschlagung das furtum possessionis, nicht einen Fall des furtum ipsius rei erblicken, ist schlagend widerlegt von Wächter in Weiskes Rechtslexikon III S. 362 f. Vgl. auch Rein, a. a. O. S. 302.

5) L. 43 § 4 Dig. de furt. 47, 2.

6) Gaius, II, 79. § 26 Inst. de rer. divis 2, 1. L. 52 § 14 Dig. de furt. 47, 2.

7) L. 43 § 5, 6 Dig. de furt. 47, 2.

8) L. 9 § 8 Dig. de acquir. rer. dom. 41, 1 (si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit); L. 43 § 11 Dig. de furt. 47, 2. Kapff, die Unterschlagung, 1879 S. 6.

9) L. 31 § 1 Dig. de acqu. rer. dom. 41, 1.

10) L. 44 Dig. de acqu. rer. dom. 41, 1.

den Gläubiger nach geschehener Zahlung)[11]; mala fide geschehendes Veräußern fremder Sachen[12]; — sowie auch Einkassierung und Aneignung fremder Forderungen[13] (in welchem Falle übrigens die Grenze gegen den stellionatus schwankend war, immer aber doch ein besonderes Verbrechen der Unterschlagung vorlag); — Annahme eines indebiti[14]; und der Fall, wo jemand Geld empfängt, um es im Namen des Mandatars zu verschenken oder zu zahlen, und es im eigenen Namen schenkt oder zahlt[15].

Alle diese Fälle waren dem Römer furtum, kein davon unabhängiges Delikt der Unterschlagung, obgleich auch sie hier und da das Besondere der Unterschlagung gefühlt und sie als eine besondere Begehungsart des furti behandelt zu haben scheinen[16]. In diesem Sinne, aber nicht in dem ein selbstständiges, dem furtum entgegengesetztes Delikt aufstellenden, finden sich die Ausdrücke „interversio“ und „inter-

11) L. 73 Dig. de furt. 47, 2; L. 1 § 2; L. 33; L. 46 § 6, L. 67 pr. ibid.; L. 29 pr. de depos 16, 3; L. 1 § 22, L. 2 § 1 Dig. de tutel. 27, 3.

12) Gaius II, 50 § 3 Inst. de usucap. et long. temp. poss. 2, 6; L. 79, 94 § 2 Dig. de solut. 46, 3; L. 6, 16 Cod. de furt. 6, 2; L. 1, 7. Cod. de usucap. proemt. 7, 26.

13) L. 14 Dig. de cond. caus. dat. 12, 4; L. 38 § 1 Dig. de solut. 46, 3; L. 43 § 2; L. 44 pr. § 1; L. 52 § 11; L. 66 § 3 (auch „in tutore, cui post pubertatem solutum est“); L. 80 § 6 Dig. de furt. 47, 2. Vgl. übrigens Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 202 Nr. 7.

14) L. 18 Dig. de cond. furt. 13, 1; L. 43 pr.; L. 52 § 21; L. 66 § 4; L. 80 § 6 Dig. de furt. 47, 2. Vgl. Köstlin an der in voriger Note angeführten Stelle und Wächter in Weiskes Rechtslexikon III S. 360 Nr. 39.

15) L. 22 § 7 Dig. mandati 17, 1; L. 25 de donat. 39, 5; L. 52 § 16 Dig. de furt. 47, 2.

16) L. 55 § 1 Dig. de administr. 26, 7: „tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere“; und die folgenden Noten.

vertere“, welche demnach nur als weniger streng im gewöhnlichen Sinn des Lebens, nicht als juristische termini technici einen scharfen kriminalistischen Begriff bezeichnende gebraucht werden [17]), ebenso wie das sich ebenfalls findende gelegentlich gebrauchte „intercipere“ [18]) oder „supprimere“ [19]). Sie werden auch in Bezug sowohl auf unbewegliche Sachen als auch auf Rechte gebraucht.

Es läßt sich ja nun auch nicht verkennen, daß der Grundcharakter von Diebstahl und Unterschlagung, d. i. der widerrechtliche Eingriff in fremdes Vermögen zum Zweck der Erlangung eines unredlichen Gewinnes und durch das direkte Medium fremder Sachen zunächst so sehr als ein und dasselbe erscheint, daß es durchaus begreiflich ist, wenn wir, namentlich zu Zeiten, denen es an feineren und detaillierteren kriminalistischen Begriffen fehlt und die bei noch zu engen Strafsystemen durch das praktische Bedürfnis zu einem Einzwängen auch nur verwandter Fälle unter ein und denselben Deliktsbegriff gezwungen werden [20]), über dieser Gemeinsamkeit des Charakters die etwaigen Unterschiede übersehen oder doch nur geahnt finden, anstatt klar erkannt und scharf ausgesprochen. Hat es doch, vorläufig bemerkt, auch in Deutschland und bis in die neueste Zeit hinein, nicht an Solchen gefehlt, welche Diebstahl und Unterschlagung als dasselbe

17) L. 12 Cod. de suscept. 10, 70; L. 20; L. 43 § 10 Dig. de furt. 27, 2; L. 20 de acquir. vel amitt. poss. 41, 2. Vgl. auch Birnbaum, Archiv des Crim. R. 1843 S. 24 Nr. 48; Mittermaier zu Feuerbach § 315a N. 5; Köstlin, Abhandlungen a. d. Strafr. S. 336.

18) L. 1 § 22 Dig. de tut. et rat. distrah. 27, 3; L. 1 § 2; L. 33; L. 43 § 1 Dig. de furt. 47, 2; L. 44 Dig. de acqu. rer. dom. 41, 1.

19) L. 46 § 6 Dig. de furt.; L. 44 Dig. de acqu. rer. dom. 41,1. Vgl. Kapff, die Unterschlagung, 1879 S. 6 und Huber, die Unterschlagung, 1875 S. 1.

20) Vgl. Wächter in Weiskes Rechtslexikon III S. 355.

Delikt betrachtet wissen und einen zwischen beiden bestehenden begrifflichen Unterschied nicht anerkennen wollen.

In der That aber fehlt es an einem solchen Unterschiede nicht, der tief und durchgreifend genug ist, um trotz der nahen Verwandtschaft und des gemeinschaftlichen Grundcharakters zu der Ausbildung eines besonderen und selbstständigen, vom Diebstahl unterschiedenen Deliktes der Unterschlagung notwendig zu führen. Und unser einheimisches Recht hat diesen Unterschied von Anfang an durchgefühlt und entwickelt. Daß heutzutage so gut wie schon in den letztvergangenen Jahrhunderten wenigstens von der herrschenden Meinung die Existenz eines selbstständigen Deliktes der Unterschlagung im deutschen Recht anerkannt ist, ist bekannt. Es tritt uns aber zu noch weit entlegeneren Zeiten von vornherein dieselbe Auffassung im germanischen Rechte entgegen. Sie ist in und von der Carolina nicht geändert. Dies zu beweisen, soll auf den folgenden Seiten versucht werden.

Das kanonische Recht steht ganz auf dem Boden des römischen und hatte deshalb hier außer Betracht zu bleiben[21].

21) Vgl. Kapff, die Unterschlagung, 1879 S. 9. — Auch die sehr beachtenswerte Abhandlung von Huber, die Unterschlagung, 1875, die sich bezüglich des römischen Rechtes vorzugsweise mit der Bedeutung des animus lucri faciendi beschäftigt, geht auf das kanonische Recht nicht ein.

II. Die vorkarolinische Zeit.

Es hat im deutschen Recht nie einen so generellen, allumfassenden Entwendungsbegriff gegeben wie im römischen das furtum. Das intervertere bildete also auch nicht einen Bestandteil eines solchen, sondern einen für sich bestehenden besonderen, für welchen der sehr bezeichnende und treffende Ausdruck „diebliches Behalten" vorkommt. Zum deutschrechtlichen Diebstahl gehörte anders als beim römischen furtum, daß die Sache zum Zweck ihrer Entwendung aus dem fremden Gewahrsam weggenommen war. Dadurch wurde die Unterschlagung vom Begriff des Diebstahls ausgeschlossen und das unterscheidende Merkmal herausgekehrt, welches sie zu einem eignen, dem Diebstahl selbstständig gegenüberstehenden Delikte macht. Der Sachsenspiegel[1] schließt seine Bestimmungen über denjenigen, der sich Gut aneignet, welches ihm auf dem Wasser zugeflossen, mit folgenden Worten:

„Niechein dube hat er aber dar an getan, die ime an sin ere oder an sin lib get oder an sin gesunt, wand erz undubliche tete und undubliche uz von ienes mannes geweren bracht hat."

und stellt ihn damit zum Diebe in sehr scharfen und durchgreifenden Gegensatz.

Damit im Einklange stehen auch die Resultate der besseren Forschung neuerer Zeit und (mit wenigen und nicht sehr in Betracht kommenden Ausnahmen) die Meinungen der

1) II 29. S. außerdem nur noch II 37; III 22.

Autoritäten auf diesem Gebiete, insbesondere die Wildas[2]), Cropps[3]), Köstlins[4]).

In Cropps hochhervorragender, der echten Gründlichkeit deutscher Wissenschaftlichkeit entsprungener Abhandlung, deren Wert auch durch die von Köstlin und Huber gemachten Ausstellungen, sowie durch die in folgendem vorkommendem Abweichungen nicht vermindert wird, heißt es u. A.[5]): „der charakteristische Unterschied des diebischen Behaltens vom eigentlichen Diebstahl besteht darin, daß der Dieb die Sache nicht aus der Were des Bestohlenen entwendet hat. Er eignet die Sache, welche er auf rechtmäßige und untadelhafte Weise in seine Gewalt bekam, sich an und enthält sie dem vor, dem sie zukommt."

Der Ausdruck „diebliches Behalten" ist aber deshalb so treffend und bezeichnend, weil durch ihn ebensowohl die nicht zu leugnende nahe Verwandtschaft mit dem Diebstahle („dieblich") als auch das Eigentümliche vom Diebstahl Unterscheidende der Unterschlagung (bloßes „Behalten" der bereits

2) Strafrecht der Germanen S. 918 ff.

3) Der Diebstahl nach dem älteren Recht der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen in Hudtwalkers und Trummers Criminalistischen Beiträgen 2. Band 1825 S. 1 ff., 238 ff., insbesondere S. 43—79, 352—359.

4) In den Abhandlungen S. 232 ff. in Goltdammers Archiv Band 4 S. 51, 53 und besonders in der Münchener kritischen Überschau Bd. 3 1856 S. 203 ff., 334 ff. S. außerdem Walther, Über den Funddiebstahl 1848 S. 41 ff.; auch Osenbrüggen, Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter S. 315, 316; Dollmann, Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts S. 72; Wächter in Weiskes Rechtslexikon III S. 387, 390; Hälschner, System des preußischen Strafrechts II S. 407. Ebenso die meisten neueren Kriminalisten in den Lehrbüchern u. s. w., die Monographieen von Kapff und Huber S. 9, 10, obwohl letzterer S. 19 andererseits auch die Meinung ausspricht, daß in älterer Zeit Diebstahl und Unterschlagung nicht scharf und bewußt unterschieden seien.

5) S. 43.

auf andere Weise innegehabten Sache) ausgedrückt wird. Wäre nie ein anderer Ausdruck gebraucht worden, so hätte man vielleicht auch jene die Unterschlagung vom Diebstahl scharf trennende und das letztgenannte Delikt als ein „begriffsfest" abgeschlossenes, nicht als ein unbestimmt weitumfassendes betrachtende Auffassung des deutschen Rechtes nie in ungerechtfertigte Zweifel gezogen. Zu solchen Zweifeln und zu gründlichen Mißverständnissen hat aber der für die Unterschlagung ebenfalls gebrauchte Ausdruck „uneigentlicher Diebstahl", auch wohl „Diebstahl" schlechthin geführt, indem man von der Benennung auf die Sache geschlossen und behauptet hat, diese Benennung zeige, daß die Unterschlagung nach deutschem Recht Diebstahl oder eine Art des Diebstahls sei. Diese Benennung ist aber nie in einem bestimmten technischen Sinne, sondern nur ohne Schärfe und Überlegung im Sinne des täglichen Lebens, auch wohl bildlich, „um im Allgemeinen die Richtung der Handlung zu bezeichnen, ohne sie dadurch zum Diebstahl stempeln zu wollen", wie Wächter[6]) sagt, mehr oder weniger nachlässig auch für andere Unredlichkeiten gebraucht worden[7]), — ebenso wie solchergestalt auch in der römischen Rechtssprache die Ausdrücke „furtive" und „furari" für solche Handlungen, die selbst noch außerhalb des größeren Kreises des römischen furti liegen, in einem noch weiteren Sinne gebraucht werden[8]); und ebenso wie im deutschen Recht

6) Weiskes Rechtslexikon III S. 388.

7) So auch Erhard de furti notione S 133, 147, Wächter a. d. eben angef. St., Köstlin in der Münch. Krit. Übersch. III S. 153, Wilda, Strafrecht d. Germ. S. 861 und die dort angeführten Quellenstellen.

8) l. 6 pr. Dig. de acqu. vel amitt. poss. 41, 2: „clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et. ne faceret, timebat" Nov. 24, cap. 2. Vgl. Klien, Diebstahl S. 80 Note, Erhard de furti notione S. 81 Note.

auch andere Ausdrücke, z. B. Raub (Kirchenraub, Mundraub) ebenso ungenau gebraucht werden[9]), ohne daß auch nur der Gedanke aufkommen könnte, daß die Handlungen, die mit diesen untechnischen Ausdrücken belegt werden, unter den Begriff des „Raubes" fielen. Ja, noch heute werden die Ausdrücke „Dieb", „diebisch" u. s. w. wohl in einem solchen weniger scharfen Sinne gebraucht, und in der älteren Rechtssprache findet sich „duve", „düve" ꝛc. von Vorgängen gebraucht, die gerade nach den ausdrücklichen Bestimmungen der sie gebrauchenden Quellenstellen keine Diebstähle sind[10]). Aber noch mehr! Das ältere Recht ging (auf Grundlage der charakteristischen Heimlichkeit des Diebstahls)[11]) sogar soweit, ganz andere, nur in dieser oder jener Beziehung dem Diebstahl ähnliche Handlungen Diebstahl zu nennen, ja heimliche Missethat und Diebstahl für einander zu brauchen[12]) und „Diebheit" und „diebisch" für Handlungen wie Menschenraub und Tötungen[13]).

Auch Cropp braucht hier mehrfach, (wenn auch durchaus nicht immer), was gerade von ihm weniger aufmerksam und vorsichtig ist, die Ausdrücke „uneigentlicher Diebstahl" und auch „Diebstahl" schlechthin für Unterschlagung, und bei der großen Autorität, die er mit Recht genießt, ist, nachdem er in Folge des Gebrauches dieser Ausdrücke einmal mißverstanden worden, das Mißverständnis auch auf seine Autorität hin ohne Bedenken weiter behauptet und weiter gelehrt worden. Allerdings bleibt es schwer begreiflich, daß Cropp bloß in Folge jener unvorsichtigen Ausdrucksweise so völlig hat miß-

9) Vgl. Wächter, Rechtslexikon III S. 388.

10) Z. B. Ssp. II 29, 37.

11) Vgl. Huber a. a. O. S. 27.

12) Vgl. Wilda, Strafr. d. Germ. S. 861, 862.

13) L. Bajuv. 9, 4; 9, 9; 19, 23; L. Wisigoth. VII, 2, 23; VIII, 5, 3; Schwsp. 227. Vgl. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer 47, 514, 637.

verstanden werden können, wie es doch von B. W. Pfeiffer[14]) und von Hepp[15]) geschehen ist. Pfeiffer behauptet[16]), daß es (nach Cropps Abhandlung) „nicht mehr bezweifelt werden könne, daß auch das diebliche Behalten mit unter den deutschrechtlichen Begriff des Diebstahls aufzunehmen sei, und daß irgend eine wesentliche Begriffsverschiedenheit gar nicht existiere". Auch Hepp nennt das diebliche Behalten einfach eine Art des Diebstahls. Das ist nun aber gerade das Gegenteil von dem, was Cropp so klar und dankenswert bewiesen hat, heißt den ganzen Inhalt und den ganzen Sinn der Cropp'schen Ausführungen mißverstehen und folgt durchaus nicht aus den von Pfeiffer[17]) angezogenen Stellen des Sachsenspiegels[18]).

Wenn deshalb zwar von den alten germanischen Volksrechten und sonstigen Rechtsdenkmälern so gut wie von den Rechtsbüchern des Mittelalters die Unterschlagung dem Diebstahle gleichgestellt, der Unterschläger „als ein Dieb" ꝛc. bestraft wird[19]); so wird — und darauf kommt es an — in der Unterschlagung doch immer ein, wenn auch dem Diebstahle nahe verwandtes, so doch nicht ohne Weiteres dasselbe Delikt gesehen, und zwar sowohl, wenn es sich um gefundene, als auch, wenn es sich um anvertraute Sachen handelt, welche der Finder oder derjenige, dem sie anvertraut sind,

14) Über den rechtlichen Begriff des Funddiebstahls und dessen Unterscheidung von einigen damit verwandten Verbrechen in seinen Praktischen Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft 2. Band 1828 S. 458 ff.

15) Im Neuen Archiv des Kriminalrechts 14. Bd. 1833 S. 359.

16) S. 460, 461.

17) S. 460. Bei Hepp finden sich keine Beweisstellen für seine Behauptungen.

18) Vgl. gegen Pfeiffers und Hepps Ausstellungen Wächter im Rechtslexikon III S. 387 ff.; Walther, Funddiebstahl S. 56 ff.; Köstlin in der Münchener krit. Übersch. III S. 153 Nr. 2.

19) S. die Stelle bei Wilda S. 861.

sich angeeignet haben. Darnach aber, ob die unterschlagene Sache dem Thäter anvertraut, vom Eigentümer oder sonst Berechtigten aus irgend einem Grunde übergeben, oder ob sie auf andere Weise in seine Gewalt gekommen ist, — (der Fall, daß der Thäter sie zum Zweck ihrer Aneignung aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen hat, ist natürlich immer ausgeschlossen), — darnach unterscheidet das ältere deutsche Recht zwei Hauptklassen der Unterschlagung[20]). Dabei finden wir aus jeder der beiden Klassen eine Anzahl von Fällen in den Quellen hervorgehoben, aus der zuletzt genannten die folgenden:

a. wenn Jemand fremde Sachen gefunden hat[21]), inklusive schiffbrüchiges und seetriftiges Gut[22]).

b. wenn ihm die Sache auf dem Wasser zugeflossen kam[23]); wobei natürlich an Alluvionen nicht mitzudenken ist[24]). Soweit es sich aber um bewegliche Sachen handelt, darf die für diesen einen speziellen Fall gegebene Bestimmung wohl unbedenklich ganz allgemein auf alle die Fälle ausge-

20) S. die Görlitzer Glosse zum Ssp. II 37 (35); die wichtige Stelle lautet:

„nu sult ir hi vornemen und merken etwisz sunderlichis daz ein man czu dem erstin ein ding redlichin irkrigin mag und dazi mag er selbir sint czu dube machin also tet Ticius Mevio icht czu behalden. odir funde einer icht sotaner dinge, iu sotan sachin ist der begin erlich. lokint ers abir dirg im czu behaldin gebin waz. odir lokint erz da zerz gefunden hatte so wird diz eine dube."

Vgl. Cropp, S. 44; Walther, Funddiebstahl S. 55.

21) L. Ripuar. 75; Ed. Roth c. 265; Ssp. II, 37, 1; Rechtsb. nach Distinct. IV, 9, 5; Schwsp. c. 347; Ruprecht II, 47; Goslar. Stat. S. 105; Richtsteige II, 9.

22) Vgl. Cropp S. 52 ff.

23) Vgl. die oben bereits hervorgehobenen Stellen Ssp. II, 29; Richtsteig 12; Rechtsb. nach Dist. IV, 42, 13.

24) Vgl. Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafr II S. 292.

dehnt werden, in denen durch irgend ein Naturereignis eine fremde Sache in jemandes Besitz gekommen ist[25]).

c. wenn ihm fremde Tiere oder auch Knechte zugelaufen oder ihm von fremden flüchtigen Knechten Sachen zum Aufbewahren übergeben sind[26]).

d. wenn er die Sachen Räubern oder Dieben abgejagt hat[27]).

e) wenn er sie durch den „Mißgriff", d. h. irrtümlich als die seinige in Besitz bekommen hat[28]).

f. wenn sie durch Pfändung in seine Hand gekommen ist[29]).

Als zur anderen Hauptklasse, wo also die unterschlagene Sache vom Eigentümer selbst übergeben oder anvertraut ist, gehörig werden die folgenden Fälle hervorgehoben:

a. wenn Schiffer oder Fuhrleute die Waren unterschlagen, die ihnen zum Transport anvertraut sind[30]);

b. wenn Jemand die Güter, die ihm zum Verkauf in Kommission gegeben sind, unterschlägt[31]), gleichgültig, ob er die Kommission für Lohn übernommen hat oder nicht;

c. wenn Handwerker das ihnen zur Verarbeitung Gegebene unterschlagen[32]);

25) S. Cropp S. 44; Walther, Funddiebstahl S. 54 und viele Andere. Die abweichenden singulären Bestimmungen über den Obstüberfall (auf eines Nichteigentümers Territorium) ändern daran natürlich nichts, indem sie auf ganz anderen Gründen beruhen; vgl. Cropp S. 44, 45.

26) L. Burgund. 49, 3; L. Wisigoth. VIII, 4, 14; 5, 6—8; Ed. Roth c. 267, 352; Verordnung des Hadeler Landgerichts (von 1583, aber auf uraltem Herkommen beruhend) II, 23; Cropp S. 49 ff.

27) L. Rip. 75; Ssp. II, 37, 1; Rechtsbuch nach Dist. IV, 9, 5; Schwsp 317; Richtsteig II, 9.

28) Ed. Roth c. 347; Ssp. III, 37, 3, 4; III, 89; Schwsp. c. 301, 302; Goslar. Stat. S. 100, 28—32, Richtst. II, 9.

29) Ed Roth c. 348.

30) Rev. Lüb. Stat. IV, 1, Art. 7; vgl. Cropp S. 73.

31) L. Bajuvor. 14, 2; L. Wisigoth. 5, 5, 3; vgl. Cropp S. 74.

32) L. Wisigoth. VII, 6, 3, 4.

d. wenn Dienstboten ihnen untergebene Sachen der Herrschaft sich aneignen[33]), so jedoch, daß hier eben nur solche Sachen gemeint sind, welche den Dienstboten untergeben, anvertraut sind, so daß an solchen Sachen, welche die Herrschaft unter besonderem Verschluß hält, von Seiten des Gesindes keine Unterschlagung, sondern ein eigentlicher Diebstahl begangen wird[34]);

e. endlich, wenn eine zum depositum[35]) (sei es für, sei es ohne Lohn)[36]), zur Leihe oder zur Satzung gegebene Sache unterschlagen wird.

Cropp[37]) zieht aus den angeführten Fällen, (die er übrigens, nur auf dem sächsischen Recht des Mittelalters fußend, nicht alle aufzählt,) das Resultat, daß jeder eine Unterschlagung[38]) begeht, der eine fremde Sache, die mit dem Willen des Eigentümers oder ohne denselben auf eine nicht diebliche Weise in seine Gewalt gekommen ist, hinterher sich auf diebliche Weise aneignet; daß jedoch in solchen Fällen derjenige der Unterschlagung nicht beschuldigt werden kann, dem der Eigentümer selbst die Sache mittelst eines „Leihens" im germanischen Sinne des Wortes übertragen hat, und daß das Leihen zwar alle Fälle umfaßt, wo die Sache dem Anderen hingegeben wird, um sie zu seinem Besten zu gebrauchen, aber die Fälle nicht mitbegreift, wo der Andere sie empfängt, um damit zu Gunsten des Hingebenden Etwas

33) Sjp III, 6 § 1; Schles. Landr. IV, 13, 3; Rechtsbuch nach Distinkt IV, 2d 1, 4, 6; Goslar. Statut 82, 22—25; 99, 5—9.

34) Vgl. Wächter im Rechtslexikon III S. 243; Klien, Diebstahl S. 171.

35) L. Wisigoth. V, 5, 3; L. Bajuv. XV, 4, 5; Rechtsbuch nach Distinkt. IV, 42, 6; Richtst. II, 9; Goslar. Stat. 77, 1—8; 82, 22—25.

36) Vgl. Köstlin in d. Münch. krit. Übersch. III S. 208.

37) S. 79.

38) Gerade hier kommt Cropps oben im Text erwähnte weniger scharfe Ausdrucksweise vor.

vorzunehmen, sie ihm aufzubewahren, zu verarbeiten, weiter zu befördern, zu veräußern ꝛc. ohne Unterschied, ob der Andere hiebei aus reiner Freundschaft handelt, oder ob er für seine Bemühungen eine Belohnung erhält, ob er beschränkt oder unbeschränkt für die Sache einsteht. Cropp schließt also die Aneignung der durch Leihe in den Besitz gekommenen Sache von der deutschrechtlichen Unterschlagung aus[39]). Wenn sie im Vorstehenden trotzdem unter den Fällen der Unterschlagung mitaufgezählt ist, so ist das geschehen, weil in diesem speziellen Punkte die Cropp'sche hauptsächlich auf den Sachsenspiegel gestützte Meinung, trotz der großen Autorität Cropps, nicht das Richtige zu treffen scheint, vielmehr die richtige Interpretation der vorhandenen Quellenzeugnisse, sowohl der Volksrechte als der Rechtsbücher und Statuten, ihr beizutreten nicht zuläßt; obwohl auch hier Manche der Autorität Cropps ohne Weiteres gefolgt sind und den deutschrechtlichen Begriff der Unterschlagung demgemäß eingeschränkt haben[40]). Indessen Cropp selbst erklärt die Richtigkeit seiner Ansicht in diesem Punkte für zweifelhaft[41]); schon Wächter[42]) deutet Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Cropp'schen Ansicht an; Wilda[43]) führt eine sehr interessante und bedeutsame Stelle der Graugans gegen sie an:

> „wenn ein Mann einem Anderen ein Gut in Treu und Glauben sei es zur Leihe (at lani) oder zur Aufbewahrung (at hirzlo) gegeben hat, und dieser verläugnet es und sagt, daß er Nichts empfangen habe so mag der Eigentümer ihn wegen Diebstahls verklagen

39) Vgl. S. 62 ff. seiner Abhandlung.

40) z. B. Dollmann, Entwendung S. 72, 73; auch Walther Funddiebstahl S. 58.

41) S. 66 und N. 39 daselbst.

42) Rechtslexikon III S. 391 N. 202.

43) Strafrecht der Germanen S. 918 N. 2.

wenn er will, doch kann er ihn auch wegen Entwendung vorladen und zu einfachem Ersatz und 3 Mark Friedensgeld verurteilen lassen";

und Köstlin[44]) hat Cropp ausführlicher ganz überzeugend und die Sache erschöpfend widerlegt. Namentlich wird auch die Stelle des Sachsenspiegels[45]), auf welche Cropp seine Ansicht besonders stützt und in welcher von Jemand die Rede ist, der Pferde oder Kleider von einem Anderen zu verschiedenen Tagen geliehen, aber nicht zurückgegeben hat, und es dann wörtlich heißt:

„Dube noch roubes en mac man in dar an nicht zihen, wenne erz ime leh."

Allerdings Raub und Diebstahl, nicht aber diebliches Behalten, Unterschlagung sind ausgeschlossen, wenn der Kommodatar die geliehene Sache sich aneignet[46]).

Noch weniger sind die anderen von Cropp vorgebrachten Argumente (die Nichterwähnung im sächsischen Recht von Buße und Wedde, die der Kommodatar zu zahlen habe; Nichtvindicierbarkeit der Sache von Seiten des Eigentümers; das verschiedene Maß der Haftverbindlichkeit des Depositars und des Kommodatars; der Mangel des Treubruchs beim Kommodat) geeignet, an die Richtigkeit seiner Ansicht in diesem Punkte glauben zu machen[47]).

Demnach wird, wenn es gilt, die vorkaroliniſche Rechtsauffassung zu einem Resultate zusammenzufassen, der Fall, wo die Sache mittelst „Leihe" in den Besitz des Unter-

44) In den Abhandlungen S. 233 N. 4 und in der Münchener Krit. Übersch. S 212 ff. Ihm stimmen bei Kapff, Unterschlagung S. 11 und Huber, der über diesen Punkt ausführlich handelt, Unterschlagung S. 25 ff.

45) III, 22, 2.

46) Vgl. Köstlin in der Krit. Übersch. S. 214—216.

47) Vgl. Köstlins eingehende Besprechung und Widerlegung der Cropp'schen Argumente (Überschau S. 216—228).

schlagenden gekommen, trotz Cropp nicht auszunehmen sein; vielmehr ohne alle Ausnahme gesagt werden müssen, daß nach älterem deutschen Recht in allen Fällen ein vom Diebstahl unterschiedenes diebliches Behalten, eine Unterschlagung vorliege, wenn Jemand eine fremde Sache, die auf eine nicht diebliche Weise in seine Gewalt gekommen ist, hinterher sich widerrechtlich aneignet „ohne Unterschied, ob er hierbei aus reiner Freundschaft handelt, oder ob er für seine Bemühung eine Belohnung erhält, ob er beschränkt oder unbeschränkt für die Sache einsteht".

Nur wo dem Depositar oder dem eine fremde Sache zur Verarbeitung übernommen habenden Handwerker gestattet ist, die Sache bis zum Betrage des ausgemachten Lohnes versetzen zu dürfen, würde darin, soweit es nicht über eben diesen Betrag hinaus geschieht, keine Unterschlagung zu erblicken sein[48]).

Der Unterschied, welchen das ältere deutsche Recht zwischen den Delikten des Diebstahls und des diebl ichen Behaltens oder der Unterschlagung macht, zeigt sich auch in der verschiedenen Bestrafung beider Delikte. Die Bestrafung der Unterschlagung war im Allgemeinen geringer, teilweise viel geringer (nur Buße und Wedde nach sich ziehend) als die des Diebstahls. Aus den schon oben angeführten Worten des Sachsenspiegels[49]) hat sich bereits ergeben, daß das diebliche Behalten im Unterschied vom „eigentlichen" Diebstahl nicht an Ehre, Gesundheit oder Leben geht, also weder Ehr- noch Rechtlosigkeit, noch eine Leibes- oder Lebensstrafe nach sich zieht, sondern nur Buße an den Kläger und Wedde an den Richter[50]) (abgesehen von der Restitution der unter-

48) Vgl. Köstlin, Abhandl. S 233 N. 2 und Münch. krit. Übersch. S. 209, 212.

49) II, 29.

50) Vgl Cropp S. 354 ff.

schlagenen Sache); während der Diebstahl alle die anderen oben genannten strafrechtlichen Folgen nach sich zog. Vom Standpunkte des sächsischen Rechtes aus ist nur die eine Ausnahme der Unterschlagung seetriftigen Gutes zu nennen[51], worauf wie so oft auf den Diebstahl der Tod gesetzt war. Dagegen gilt die Behauptung der geringeren Bestrafung des dieblichen Behaltens selbst für die Unterschlagung von Sachen der Herrschaft durch das Gesinde: auch hier treten nur jene milderen, nicht die Strafen des Diebstahls ein, wie teils daraus hervorgeht, daß das Gegenteil nirgends gesagt wird, was doch sonst hätte geschehen müssen, teils aber auch von der Glosse des Sachsenspiegels ausdrücklich ausgesprochen wird[52]. Dies ist auch der communis opinio entsprechend, soweit sich verhältnismäßig nur Wenige über das vorkaroliniſche Recht der Unterschlagung geäußert haben[53]. Es ist für das sächsische Recht von Cropp schlagend bewiesen[54]. Allerdings steht Cropp nur auf dem sächsischen Recht, und Köstlin tadelt es, daß trotzdem auf Cropps Autorität hin für das ganze ältere Recht die geringere Bestrafung der Unterschlagung allgemein behauptet werde, und daß das nicht, wenigstens nur teilweise richtig sei[55]. Er weist vielmehr nach, daß, namentlich in süddeutschen Rechten, auch strengere, d. h. den Diebstahlsstrafen entsprechende Strafen für die Unterschlagung, namentlich für die anvertrauter Sachen vorkommen[56]. Das

51) Vgl. Cropp S. 55, 358

52) Zu II, 37.

53) Vgl. abweichend allerdings Huber S. 18; s. aber auch S. 34 N. 1.

54) S. Cropp S. 354 ff.

55) S. Goltdammers Archiv S. 51 N. 3; Abhandlungen S. 234; Krit. Übersch. S. 334 ff.

56) Übrigens enthalten gerade die süddeutschen Rechtsquellen nur sehr Weniges über die Unterschlagung; vgl. Osenbrüggen, Alamann. Strafrecht S. 315.

ist nun zwar richtig. Aber es könnte doch auch hier nur Wunder nehmen, wenn die aus verschiedenen Zeiten stammenden Aufzeichnungen der verschiedenen Volksstämme nicht Verschiedenheiten und Abweichungen auch in dieser Beziehung enthielten[57]). Mehr, d. h. Abweichungen für gewisse Fälle in gewissen Gegenden zu beweisen, ist aber auch Köstlin nicht gelungen. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß — wie die Sache ja auch heute liegt, — nicht die Strafe der ärgsten Unterschlagung (insbesondere anvertrauter Sachen) geringer zu sein braucht als die des geringsten Diebstahls, um sagen zu können, es gelte im Allgemeinen das Prinzip, die Unterschlagung geringer zu strafen als den Diebstahl. So kommen, ohne daß dieses Prinzip dadurch alteriert würde, auch in den alten Rechten Fälle vor, die als besonders schwere schwerer bestraft werden als manche leichte des Diebstahls, und doch darf man sagen, daß die alten deutschen Rechte im Allgemeinen die Unterschlagung nicht so strenge bestrafen wie den Diebstahl. Es wird selbst heute noch die Frage behandelt, ob das Prinzip der milderen Bestrafung der Unterschlagung überhaupt das richtige sei. Deshalb kann man sich, auch wenn Köstlin darin Recht hat, daß Cropps Aus- und Beweisführungen sich nur auf das Gebiet des sächsischen Rechts beziehen, und ferner darin, daß in manchen Fällen Abweichungen sich finden, doch sehr wohl bei der herrschenden Meinung beruhigen, daß im Allgemeinen die Unterschlagung vom älteren deutschen Recht geringer bestraft sei als der Diebstahl[58]).

Wenn sich aber auch ein solches Prinzip nicht aufstellen ließe und, was nicht der Fall, die Bestrafung beider Delikte

57) Vgl. hierzu das von Kapff S. 12 unten und 13 Angeführte. S. aber auch Huber S. 18.

58) Vgl. Walther, Funddiebstahl S. 46 ff., 54; Dollmann, Entwendung S. 72; a. M. Huber.

eine mehr gleichmäßige wäre; so würde damit doch noch nicht der oben bewiesene Haupt- und Grundsatz, auf den es vorzüglich ankommt, erschüttert sein, daß das ältere deutsche Recht Diebstahl und Unterschlagung begrifflich als zwei verschiedene Delikte scharf unterschieden habe. Denn daraus, daß zwei Handlungen mit derselben Strafe belegt sind, folgt natürlich noch nicht, daß sie dasselbe Delikt darstellen.

Demnach lassen sich für das ältere deutsche Recht die folgenden Resultate aufstellen:

1) Im Ausdruck werden die beiden Delikte nicht scharf durch bestimmte termini technici unterschieden. Die Ausdrucksweise ist vielmehr eine ungenaue, und „uneigentlicher Diebstahl" oder auch „Diebstahl" schlechthin werden auch zur Bezeichnung des diebischen Behaltens (der Unterschlagung) gebraucht.

2) In der Sache werden Diebstahl und Unterschlagung scharf, bestimmt und bewußt von einander geschieden und sind zwei verschiedene selbstständig neben einander stehende Delikte.

3) Auch die widerrechtliche Aneignung der durch Leihe in den Besitz gekommenen Sache ist ein diebliches Behalten und ist von dem Begriff der Unterschlagung nicht ausgeschlossen.

4) Die Bestrafung der Unterschlagung, insbesondere die von nicht anvertrauten Sachen, war geringer als die des Diebstahls.

III. Die Zeit nach der Carolina.

Es fragt sich nun, ob diese ältere deutsche Rechtsanschauung durch die Carolina, von der die meisten Schriftsteller, ohne das ältere Recht zu berücksichtigen, die Beachtung des einheimischen Rechts erst anfangen, Modifikationen zu erleiden gehabt hat; es fragt sich um das karolinische und postkarolinische gemeine Recht.

Die Carolina enthält nur einen hierher gehörigen Artikel, den 170ten folgenden Inhalts:

„Straff der jhnen so mit vertrawter oder hinderlegter habe ungetrawlich handeln.

Item welcher mit eyns andren güttern glauben zu behalten und verwaren gegeben sein, williger und geverlicher weiß, dem glaubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem diebstall gleich zu straffen."

Bei diesem Artikel muß zuerst auffallen, daß er nur von der ungetreuen Behandlung „anvertrauter und hinterlegter Sachen, die zu behalten und verwahren gegeben sind", handelt, also nur von der einen der beiden Unterschlagungsarten, welche das vorkarolinische Recht bereits kannte, die andere Klasse der vom älteren Rechte hervorgehobenen Unterschlagungen gänzlich übergehend. Will die Carolina die Unterschlagung gefundener (und sonst zufällig, d. h. anders als vertragsweise in den Besitz gekommener) Sachen gar nicht gestraft wissen?, — und zwar hat sie gar nur die Unterschlagung des depositi im Auge oder aller durch irgend welchen Kontrakt in den fremden Besitz gekommener Sachen?

Schon diese letzte Frage hat, und bereits von den ersten Übersetzungen der Carolina an, eine ganz verschiedene Beantwortung erfahren. Man hat auf beiden Seiten die Antwort wohl mit großer Bestimmtheit und Sicherheit abgegeben, und doch läßt sich nicht verkennen, daß die Sache, wenigstens was zunächst die Interpretation des Art. 170 an für sich betrifft, sehr zweifelhaft liegt und daß man grade in diesen Beziehungen nur sehr geringe Stützen und Anhaltspunkte für eine sichere und unbedenkliche Interpretation hat. Hält man sich nur an den Wortlaut der Carolina, so wird man die Bestimmung des Artikels nur auf das depositum beziehen können: nur davon spricht er[1]). Wenn Dollmann[2]) und auch Hälschner[3]) behaupten, auch schon dem Wortlaute nach sei der Artikel ebenso wie auf den Depositar auch auf den Mandatar, Tutor, sonstigen Verwalter der Sache, den Handwerker, dem Etwas zu machen gegeben ist, zu beziehen, so können sie sich, wie auch Dollmann[4]) ausdrücklich thut, nur auf das rubrum des Artikels (vertraute Gabe) berufen. Denn die Worte des nigrums „Güter, die ihm in guten Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben sind", können doch ohne Weiteres nicht auf andere Kontrakte als auf das depositum bezogen werden[5]), wie sie auch Dollmann ausdrücklich nur auf das depositum bezieht; man würde sie indessen selbst dann nicht auf andere Kontraktsverhältnisse beziehen dürfen, wenn auch die ältere Rechtssprache das „vertrauen und zu behalten geben" nicht geradezu für depositum brauchte, wieviel weniger, da dies der Fall ist[6]). Eben das spricht aber auch gegen

1) Vgl. Kreß, Böhmer, Wächter an den in den folgenden Noten zu nennenden Stellen.

2) Entwendung S. 95.

3) Preuß. Strafrecht III S. 496.

4) a. a. O.

5) S. Wächter, Lehrb. II S. 397 unten.

6) Vgl. Glosse zum Ssp. II 37, 2.

eine weitere Interpretation des rubrum, auf das allein, ohne Unterstützung durch den Text, eine solche weitere Interpretation zu gründen sicherlich gewagt sein würde[7]).

Manche haben denn auch den Art. 170 nur auf den Fall der Unterschlagung deponierter Sachen für anwendbar erklärt[8]). Aber dürfen wir wohl bei der Anwendung dieser Bestimmung an dem Buchstaben haften bleiben? Schon Kreß[9]) sagt: „nec quoad litteram ad officiales et publicos administratores articulus applicatus" etc. —: „interim a mente Imperatoris non adeo alienum videtur, plures species v. c. commodantem, mandantem, debitorem, pignus dantem, dominum ad officium camerale aliquem constituentem, a suis correlatis perfide agentibus deceptos, huc referre." Es ist gewiß nicht gegen den Geist der Carolina und das richtige Gegenteil einer durch diesen ausgeschlossenen unzulässigen Buchstabeninterpretation, ihre Worte auf alle Verträge auszudehnen, durch welche in fremden Besitz Sachen mit der Verpflichtung zur Wiederherausgabe gekommen sind, und als im Sinn der Carolina liegend Unterschlagung anzunehmen, wenn solche Sachen veruntreut werden. Diese Ausdehnung rechtfertigt sich einmal dadurch, daß die Carolina die bereits im älteren Recht ausgebildete Strafbarkeit der Unterschlagung und den zwischen ihr und dem Diebstahl festgestellten Unterschied gekannt hat[10]) und bei dem bekannten Charakter der Schwarzenberg'schen Kodifikation Niemand annehmen wird, sie habe durch ihr Schweigen dem bisherigen Rechte der Unterschlagung derogieren wollen; sodann durch die noch bekanntere Auffassung des gemeinen

7) Die Bambergensis Art. 196 spricht nur von „vertrauter" nicht von „vertrauter oder hinterlegter Habe", worauf aber wohl kein Gewicht wird gelegt werden sollen.

8) S. Note 13.

9) Komm. zum Art. 170 S. 615.

10) So auch Kapff a. a. O. S. 14.

Rechts von der Analogie und die Zulässigkeit analoger Anwendung des Gesetzes der Carolina[11]). Namentlich dieses letzte entscheidende Argument schlägt so durch, daß über die ebenmäßige Bestrafung auch der von dem Art. 170 nicht wörtlich erwähnten Unterschlagungsfälle kaum noch ein Bedenken aufkommen kann; eben deshalb kommt dann allerdings auf den Streit über die Auslegung der Worte des Art. 170 weniger an. Es ist denn auch jenem durchschlagenden Argumente gegenüber von jeher die herrschende Ansicht für die ausgedehnte Anwendung des Artikels gewesen[12]), so daß die Vertreter der entgegengesetzten Auffassung sich in entschiedener Minorität befinden[13]). Nur ist noch eine dritte Ansicht zu erwähnen, welche zwar in der Hauptsache mit der hier verteidigten zusammentrifft, die Ausdehnung des Artikels im Allgemeinen anerkennend und seine Beschränkung auf das depositum läugnend, welche aber insofern abweicht, als sie einzelne bestimmte Vertragsarten ausnimmt, auf welche der

11) Vgl. Köstlin, Abhandl. S. 337 N. 3 in Goltdammers Archiv IV S. 52. Hälschner, Preuß. Strafrecht III S. 496

12) S. schon die Übersetzung von Remus, die Kommentare von Stephani, Blumbacher; Böhmer ad art. 170 § 1. (Kreß an der im Text angeführten Stelle.) Carpzov, Pract. qu. 85 n. 66—71. Grolman, Grunds. d. A. R. W. § 207. Tittmann, Handb. § 510. Martin, Lehrb. § 200. Bauer, Lehrb. § 264. Marezoll, Cr. R. S. 499. Hepp, Versuche S. 18 und im Archiv 1850 S. 56 ff. Roßhirt, Gesch. u. Syst. II S. 314. Mittermaier in Demmes Annalen VII S. 14 f. Köstlin in Goltdammers Archiv IV S. 52. Abhandl. S. 337 N. 3. Grohmann im Archiv S. 539. 1852, S. 225. Hälschner, Preuß. Strafr. III S. 496, 497. Vgl. auch die teilweise zustimmenden Dollmann, Walther, Hälschner.

13) Hierfür Goblers Übersetzung der Carolina. Die Kommentare von Ludovici, Beyer, Wächter, Lehrbuch II S. 341, 397 ff. Carpzov, den Wächter und Köstlin hierherstellen, gehört vielmehr, wie auch schon von Hälschner, Preuß. Strafr. III S. 496 N. 6 bemerkt worden ist, zu den für die entgegengesetzte und herrschende Ansicht anzuführenden. (Vorige Note.)

Artikel 170 trotz der Zulässigkeit seiner Ausdehnung im Allgemeinen doch ausnahmsweise nicht ausgedehnt werden dürfe, während die hier vertretene und so entschieden herrschende Meinung, im Hinblick auf das frühere Recht und die analoge Anwendbarkeit der Carolina, eben die ausnahmslose Ausdehnung des Artikels auf alle eine Wiederherausgabepflicht begründenden Verträge behauptet.

Diese dritte, wenn man will, Mittelansicht, deren Vertreter wiederum Dollmann[14]) ist, behauptet nämlich, daß der Artikel 170 nicht ausgedehnt werden dürfe auf commodatum und Pfandgläubiger. Dollmann beruft sich dafür zunächst wieder auf den Wortlaut des Artikels und in dieser Beziehung, der Auslegung der Worte, stimmt ihm bei wiederum Hälschner[15]). Allein man sucht vergeblich nach einem stichhaltigen Grunde für diese Interpretation der Worte und kann es für einen solchen unmöglich gelten lassen, wenn Hälschner, ohne daß er eine Begründung für seine Behauptung anführte, einfach sagt „wenn der Wortlaut allein entscheiden soll, würden Kommodatar und Pfandgläubiger allerdings auszuschließen sein".

Entweder schließt, was das Richtige ist, der Wortlaut des Artikels Alle außer dem Depositar aus, oder aber den Kommodatar und den Pfandgläubiger ebensowenig wie alle Anderen: denn die Gründe, welche man für eine solche Nichtausschließung dem Wortlaute zu entnehmen versuchen könnte, würden ebenso gut auf Kommodat und Pfandvertrag, wie auf die anderen Verträge passen. Will man sagen, daß die „anvertraute Habe" der Artikel-Überschrift nicht bloß beim Depositum, sondern auch bei allen anderen Verträgen, bei denen es sich um ein Wiederherausgeben handelt, zutrifft, indem bei allen diesen ein „Anvertrauen" vorkomme, so läßt

14) Entwendung S. 95. Vgl. auch Walther, Funddiebstahl S. 81. Dagegen Huber S. 25 ff.

15) Preuß. Strafr. III S. 496.

sich das eben auch auf den Kommodatar und auf den Pfandgläubiger anwenden ꝛc. Die beiden letzteren um des Wortlautes willen auszuschließen, erscheint als eine reine Willkürlichkeit, als keine geringere, wie schon Köstlin richtig andeutet [16]), als die allgemein als solche anerkannten Kleinschrod'schen [17]) willkürlichen Beschränkungen, welche letzteren Hälschner [18]) als „ganz widersinnig" bezeichnet. Allerdings ist ja Kleinschrod hier im Unrecht, wie schon lange vor Hälschner bemerkt worden ist [19]), aber Hälschner war es ebenso sehr, und deshalb ist er nicht berechtigt, jenem sein Unrecht so scharf vorzuwerfen. Wenn Dollmann [20]) aber die von ihm vorgenommene Einschränkung der Anwendung des Artikels auf den „ächt deutschen Ursprung dieser Beschränkung", die die Gegner seiner Auffassung nicht gekannt hätten, zu stützen sucht, so ist der ächt deutsche Ursprung der gesamten Bestimmungen der Carolina über Diebstahl und Unterschlagung ja lediglich zuzugeben [21]). Aber es ist die nach Cropp so verbreitete Meinung, daß nach deutscher Auffassung die Veruntreuung der durch Leihe und Pfandvertrag in den Besitz gekommenen fremden Sachen nicht unter die Unterschlagung gehöre, gerade als eine irrige nachgewiesen worden. Im Gegenteil, die ältere deutsche Rechtsauffassung hat auch jene beiden nicht von der Unterschlagung ausgeschlossen und deshalb liegt gerade für den dieses ältere Recht als den Ursprung auch des Artikels 170 Kennenden kein

16) Abhandl. S. 337 N. 3; in Goltdammers Archiv S. 52.

17) Abhandl. II S. 107 ff.

18) Preuß. Strafr. III S. 496 N. 7.

19) S. nur Köstlin, Abhandl. S. 337 N. 3 und in Goltdammers Archiv IV S. 52 N. 4.

20) a. a. O. S. 95, 96.

21) Hiernach erledigt sich auch der Streit, ob die Carolina deutsches oder römisches Recht rezipiert habe, dahin, daß es deutsches gewesen ist. Vgl. Kapff a. a. O. S. 14 und Huber a. a. O. S. 30.

Grund vor, seine Ausdehnung auch auf Kommodat und Pfandvertrag zu läugnen. Demnach fällt jede untreue Aneignung von Sachen, welche vertragsweise (gleichgültig, durch welchen Vertrag es auch sei) in den fremden Besitz gekommen, unter den Artikel 170.

Es bleibt nun aber immer noch zweierlei auffällig, einmal die bereits hervorgehobene Nichterwähnung der zweiten Unterschlagungsart, von der es deshalb fraglich bleibt, ob auch sie als Unterschlagung zu betrachten oder nicht, und, wenn letzteres, ob und als was sie sonst zu strafen ist. Sodann ist nach den Worten des in Rede stehenden Artikels die überhaupt mit Strafe bedrohte Art der Unterschlagung „einem Diebstahl gleich" zu strafen. Bedeutet das, daß entgegen der älteren deutschen Auffassung die Carolina zwischen Diebstahl und Unterschlagung begrifflich keinen Unterschied machen, oder, daß sie nur, obschon diesen begrifflichen Unterschied anerkennend, die beiden verschiedenen Delikte gleich strafen will?

Diese Fragen sind seit dem ersten Tage der Auslegung der Carolina verschieden beantwortet und zur Quelle von Kontroversen und Meinungsverschiedenheiten geworden, je nachdem man beide Arten der Unterschlagung als eigentlichen Diebstahl betrachtet, oder keine von beiden, oder nur die eine oder die andere, je nachdem man also in jeder der beiden Arten, oder in keiner von ihnen, oder aber nur in der einen oder der anderen eine Unterschlagung sieht. Man muß sich für diejenige Ansicht entscheiden, welche beide Arten für Unterschlagung erklärt, was sich namentlich für die Aneignung aller vertragsweise in den fremden Besitz gekommenen Sachen mit großer Sicherheit aus den Quellen beweisen läßt.

Der vom Wortlaut des Artikels 170 hervorgehobene ist unstreitig der schwerste von allen Unterschlagungsfällen, und grade das scheint der Ansicht eine Stütze zu verleihen,

welche meint, er sei durch das „einem Diebstahl gleich zu strafen“ nicht nur der Strafe, sondern auch dem Begriffe nach dem Diebstahle gleichgestellt. Wie ungerechtfertigt aber solche Schlüsse der Ausdrucksweise der Carolina gegenüber sein würden, ergiebt sich nur allzu leicht, wenn man über diesen einen Artikel hinaus und auf andere sieht, in denen die Carolina sich ebenso ausdrückt. Man braucht nur den Artikel 119 zu vergleichen, in welchem es vom Notzüchter heißt, daß er „einem Räuber gleich“ mit dem Schwert vom Leben zum Tod gerichtet werden soll. Dürfte man nun wirklich der Auslegung der Carolina Schlüsse wie den oben angedeuteten zu Grunde legen, so würde folgen, daß nach der Meinung der Carolina Raub und Notzucht dasselbe Delikt darstellten. Und ferner: der Artikel 170 bezieht sich offenbar nicht bloß auf das widerrechtliche Sichaneignen, sondern auch auf den unbefugten Gebrauch sowie auf das dolose Verderben anvertrauter Sachen. Das führt aber in dieser Beziehung zu einer sehr wichtigen Konsequenz. Wenn nämlich jener Schluß richtig wäre, so würde notwendig und unerläßlich folgen, daß das römische furtum usus unter den deutschen Diebstahl gehörte, eine Folgerung, welche ebensowenig wie jene andere irgend Jemand wird machen wollen. Es hält aber auch bei einer Prüfung der gesammten einschlagenden Bestimmungen der Carolina nicht schwer, den positiven Nachweis zu führen, daß sie im naturgemäßen und grade hier lediglich zu erwartenden Anschluß an das ältere deutsche Recht die Begriffe von Diebstahl und Unterschlagung wohl von einander trennt. Denn ohne alle Ausnahme werden in der langen Reihe von Artikeln, welche die Carolina den Delikten des Diebstahls widmet, (so lang, eben weil sie hier bereits so viel Fertiges, durch deutsche Rechtsentwicklung Festgestelltes und Übereinstimmendes vorfand[22]) die Aus-

22) Wichtig für die Frage, ob die Carolina deutsches oder römisches Recht recipiert habe, vgl. Note 21.

drücke Diebstahl und Stehlen in dem der älteren deutschen Rechtsauffassung allein entsprechendem Sinne einer Entziehung der Sache aus fremder Detention gebraucht. Auch die gleich von Artikel 157 an bei der Beschreibung der einzelnen Diebstähle durchgehends gemachte Unterscheidung, ob es sich um einen handhaften Diebstahl handle, oder nicht, ob um einen mit Einbruch, oder nicht 2c. hätten so durchgehends nicht gemacht werden können, wenn unter den Diebstahl die Unterschlagung mitgerechnet wäre, da auf diese letztere jene Unterscheidungen gar nicht passen.

Man kommt zu demselben Resultate, schon wenn man den Wortlaut des Artikels 170 unbefangen an und für sich betrachtet. Man kann sagen, daß man gar nicht darauf kommen würde, das sich herausstellende Resultat erst noch durch besondere Beweisgründe zu stützen, wenn nicht von anderer Seite irriger Weise eine entgegengesetzte Ansicht aufgestellt wäre. Denn was könnte man wohl, wenn man unbefangen, natürlich und ungekünstelt interpretieren will, unter den Worten „einem Diebstahl gleich zu strafen" anders verstehen, als daß eine Handlung (hier die Unterschlagung), *obwohl sie kein Diebstahl ist*, doch ebenso, mit denselben Strafen wie der Diebstahl bestraft werden soll? Denn wenn sie ein Diebstahl wäre, brauchte nicht erst die Strafe besonders genannt, nicht die Art der Strafbarkeit besonders ausgesprochen zu werden, oder es würde doch nicht gesagt werden, daß sie „gleich einem Diebstahl", eher, daß sie *als Diebstahl* zu bestrafen sei. So beweist schon der unbefangen geprüfte Wortlaut des Artikels 170 an und für sich die hier verteidigte, nicht die entgegengesetzte Meinung, wie deren Anhänger geglaubt haben; und ganz richtig und recht scharf stellt die Sache *Walther* hin, indem er sagt: „eben die Gleichstellung der Unterschlagung mit dem Diebstahle hinsichtlich der Strafe enthält vielmehr die Voraussetzung und Anerkennung, daß zwischen beiden eine Begriffsverschiedenheit obwalte".

Dieser Meinung, nach welcher die Carolina nicht minder als das ihr vorhergehende deutsche Recht Diebstahl und Unterschlagung begrifflich wohl scheidet, sind auch die bei Weitem meisten gemeinrechtlichen Kriminalisten.

Wenn nun aber ein solcher Unterschied schon zwischen der schwersten Art der Unterschlagung und dem Diebstahle besteht, ein wie weit größerer muß noch zwischen dem Diebstahl und der bloßen Fundunterschlagung bestehen, die dem Diebstahl nicht einmal in der Bestrafung gleichsteht! Darauf braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, wo es sich nur um die Feststellung handelt, daß im vorkaroliniſchen wie karoliniſchen deutschem Recht ein selbständiger Unterschlagungsbegriff entstanden und festgehalten ist.

Das neue deutsche Strafrecht, in welchem bekanntlich jener Begriff ebenfalls festgehalten ist, hat dann namentlich bezüglich der Unterscheidung der beiden Hauptunterschlagungsarten neue Entwicklungsphasen durchgemacht. Aber auf diese einzugehen, liegt vollends außerhalb des Rahmens der Aufgabe, die hier zu behandeln war.